Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Bürgen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der hohen Juristischen Fakultät der Königlichen Universität Marburg

vorgelegt von

Ernst Mosbacher
Referendar in Frankfurt a. M.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1913.

Referent: Professor Dr. Leonhard.

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556031_0071

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Einleitung 1

II. Rechtspflichten des Bürgen gegenüber dem Gläubiger.

1. Inhalt und Umfang der Bürgenhaftung 2

2. Nachträgliche Veränderungen der Haftung bei Verzug, Unmöglichkeit, Verschulden; Pflicht zur Tragung der Kosten 13

III. Rechtspflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen.

1. Geschichtliche Entwicklung 27

2. § 776 BGB. 36

3. Diligenzpflicht des Gläubigers 38

IV. Folgerungen für die rechtliche Natur des Bürgschaftsvertrags 48

Literaturverzeichnis.

Abegg, Der Einfluß des beneficium cedendarum actionum auf die Haftung des Bürgen. Erlanger Diss. 1896.

Arnds, Pandekten.

Bothmer in der Zeitschrift für Zivil- und Kriminalrechtspflege.

Brockhues, Rechte und Pflichten des zahlenden Bürgen bezüglich der vom Schuldner oder Dritten gestellten Pfänder. Ein Beitrag zur Lehre vom beneficium cedendarum actionum. Erlanger Diss. 1896.

Büttner, Die Haftung des Bürgen nach gemeinem Recht und dem des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Greifswalder Diss. 1899.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902.

Dernburg, Pandekten.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. 3. Aufl. 1905/06.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1910.

Entscheidungen des Reichsgerichts. (zit.: RG.)

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. (zit.: ROHG.)

Entscheidungen der Oberlandesgerichte. (zit.: OLG.)

Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts. 1894.

Gierke, Der Entwurf.

Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrecht. 1850.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1908.

Hachenburg, Gutachten aus dem Anwaltsstande.

Hasenbalg, Bürgschaft des gemeinen Rechts. 1870.

Hauser in Löhrs Zentralorgan für deutsches Handels- und Wechselrecht.

Heidenheimer, Ein Beitrag zur Lehre von Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme. Erlanger Diss. 1911.

Herms, Die Bürgschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch des Deutschen Reichs. Rostocker Diss. 1900.

Jaeger, Die Zeitschrift für Zivilrecht und -Prozeß.

Kisch, Unmöglichkeit.

Koban, Der Regreß des Bürgen und des Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Recht. 1904.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1906.

Kremer, Die Mitbürgschaft. 1902.

Krüger in der Kritischen Vierteljahrsschrift.

Makower, Handelsrecht.

Marcus im Recht 1902.

Matthiaß, Jahrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1900.

Meissner, Das Bürgerliche Gesetzbuch.

Mode, Befreiung des Bürgen durch Nachlässigkeit des Gläubigers in Wahrnehmung seiner Rechte gegen dritte Personen. Erlanger Diss. 1896.

Motive.

Mühlenbruch, Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte.

Müller-Meikel, Bürgerliches Gesetzbuch.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1906.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl. 1907.

Protokolle.

Rothenberg im Archiv für zivilistische Praxis.

Schneider, Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse.

Seyfferth, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1905.

Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.

Sintenis, Zivilrecht.

Sokolowski, Die Mandatbürgschaft nach römischem und gemeinem Recht. 1891.

Staub, Handelsgesetzbuch. 1900.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3./4. Aufl.

Thibaut, De fideiussore ob creditoris in exigendo negligentiam liberato 1829.

Vangerow, Pandekten.

Walter, Die Fälle des beneficium cedendarum actionum und ihre juristische Natur nach Pandektenrecht unter Berücksichtigung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erlanger Diss. 1899.

Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. 1908.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1900.

1. Einleitung.

Jede Bürgschaft hat nach drei Seiten hin obligatorische Beziehungen aufzuweisen. Solche zwischen Gläubiger und Schuldner — die Grundlage des Vertrags —, zwischen Gläubiger und Bürgen — den Inhalt des Vertrags —, zwischen Bürgen und Schuldner — die Folgen des Vertrags —, oder anders ausgedrückt, die Haupt-, Bürgschafts- und Regreßverbindlichkeit.

In der vorliegenden Arbeit haben wir es nur mit der zweiten Art, den Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Bürgen, zu tun. Mancherlei Streitfragen und Uneinstimmigkeiten in Doktrin und Praxis lassen erkennen, daß diese Beziehungen, die den Inhalt eines Bürgschaftsvertrags bilden, wichtige praktische Konsequenzen in sich bergen und zu aufklärender juristischer Arbeit Gelegenheit geben. Bei der Untersuchung dieser Beziehungen müssen wir, besonders da es sich um das alte Institut der Bürgschaft handelt, das schon im römischen Recht Gegenstand heftiger Kontroversen war, die geschichtliche Entwicklung im Auge behalten; denn nur aus ihr und der sich aus ihr ergebenden Tendenz der Rechtsentwicklung heraus können wir zum Ergebnis gelangen.

Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge dem Gläubiger gegenüber, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners einzustehen. Aus dieser Definition ergibt sich zum ersten die Rechtspflichten des Bürgen dem Gläubiger gegenüber. Die Frage bleibt aber offen, ob auch solche seitens des Gläubigers dem Bürgen gegenüber bestehen. Zum zweiten ist daher zu untersuchen, ob und inwiefern solche Rechtspflichten vorhanden sind und welche Rechtsfolgen sie nach sich zichen.

II. Rechtspflichten des Bürgen gegenüber dem Gläubiger.

1. Inhalt und Umfang der Bürgenhaftung.

Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen (§ 765 Abs. 1 BGB.). Der Bürge tritt ein für eine ihm materiell fremde Verbindlichkeit, d. h. er übernimmt die Haftung dafür, daß der Schuldner seine Verpflichtung erfülle. Dies ist allgemein der Inhalt des Bürgschaftsvertrags. Im speziellen Fall ist für den Inhalt der Bürgenhaftung zunächst der Bürgschaftsvertrag entscheidend. Der Wille der Parteien ist hier wie sonst durch Auslegung festzustellen. Im Zweifel geht der Parteiwille dahin, daß der Bürge das schuldet, was der Hauptschuldner schuldet, also eine Verpflichtung in

omnem causam.[1]) Der Bürge haftet für alles, was der Hauptschuldner zu leisten hat im Augenblick der Geltendmachung der Bürgschaft. Denn nicht ist der Bürge verpflichtet für die Hauptschuld, wie sie bestand zur Zeit des Abschlusses des Bürgschaftsvertrags.

Es ergibt sich daraus als oberstes Prinzip einer jeden Bürgschaft die Abhängigkeit von der Hauptschuld. Das Vorhandensein einer Hauptschuld irgendwelcher Art in dem Augenblick der Inanspruchnahme des Bürgen ist ganz ebenso condicio sine qua non für seine Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber wie die Gültigkeit des dem Gläubiger geleisteten Bürgschaftsversprechens in diesem Zeitpunkt. Eine rechtsgültige Bürgschaft ist also an die Existenz einer Hauptschuld gebunden, d. h. sie ist akzessorisch. Diese Akzessorietät ist für die Bürgschaft wesentliches Bestandsmerkmal.

Aus dieser Abhängigkeit ergeben sich einzelne Folgen: Der Bürge verpflichtet sich für eine fremde Schuld. Er haftet daher für die Hauptschuld in ihrem jeweiligen Bestand im Augenblick, in dem er vom Gläubiger belangt wird (§ 767 Satz 1 .BGB.). „Niemals kann der Bürge in Anspruch genommen werden für eine Hauptschuld, die bezw. wie sie in dem angegebenen Zeitpunkt nicht mehr oder noch nicht besteht.“[2]) Die akzessorische Verbindlichkeit, die in ihrem Entstehen

---

[1]) Dernburg, Pand. § 79; Büttner S. 12.

[2]) Geib S. 78f.

und Bestehen in Abhängigkeit von einer anderen Verbindlichkeit ist, teilt deren Kraftfülle, auch ihren Schwächegrad, so daß also auch das Recht gegen den akzessorisch Verpflichteten immer zur Voraussetzung hat ein auf Herbeiführung des gleichen Erfolgs gerichtetes Recht gegen den anderen Verpflichteten.[1])

Wenn demgemäß ein Gläubiger die Bürgschaftsverpflichtung des Bürgen behauptet oder beweisen muß, so hat er nicht nur das Zustandekommen eines Bürgschaftsvertrags, sondern auch die Existenz einer Hauptschuld zu behaupten und zu beweisen.[2])

Aus dieser akzessorischen Gestaltung ergibt sich logischerweise auch der Umfang der Haftung des Bürgen. Die Bürgenverbindlichkeit erreicht ihre Grenze mit dem Umfang der Hauptschuld. Die Quellenstellen ergeben, daß im römischen Recht eine fideiussio in duriorem causam als schlechthin ungültig angesehen wurde.[3]) Der Bürge haftet aus einer Bürgschaft, die auf eine größere Summe und unter schärferen Bedingungen eingegangen ist, überhaupt nicht, also nicht einmal bis zum Betrage der Hauptschuld. Im gemeinen Recht ließ man eine andere Rechtsempfindung gelten. Soweit sich die Bürgenverpflichtung mit der Hauptschuld deckt, ließ man die Bürgschaft als zu Recht bestehen, was darüber ist, fällt aus dem Rahmen der Bürgschaft heraus und wird als

[1]) Westerkamp S. 54.

[2]) Geib S. 78.

[3]) vgl. § 5 D. 3, 20; l. 8 § 7 D. h. l.; l. 34 D. eod.

eine andere selbstverständliche Verpflichtung angesehen.[1]) Dies ist auch für das heutige Recht die unbestrittene Meinung. Auch heute ist die Gültigkeit des überschießenden Teils als einer selbständigen Verbindlichkeit in der Regel zu bejahen, nur selten wird § 139 BGB. Platz greifen.[2])

Natürlich schließt die Bestimmung des § 767 nicht die Möglichkeit aus, die Bürgschaft für weniger, also für einen Teil der Hauptschuld zu übernehmen.

Eine weitere Folge des Akzessorietätsprinzips ist Satz 1 des § 768 BGB. Darnach kann sich der Bürge auf die Einreden des Hauptschuldners berufen. Jedoch gibt es einige Ausnahmen. Der Bürge kann sich nicht darauf berufen, daß der Erbe des Hauptschuldners für dessen Verbindlichkeit nur beschränkt haftet (§ 768 Abs. 1 Satz 2). Auch kann er sich nicht auf den Zwangsvergleich berufen, den die Gläubiger des Hauptschuldners in dessen Konkurse geschlossen haben (KO. § 193). Es fragt sich nun, ob der Bürge auf diese Einreden verzichten kann.

Ein Verzicht auf eine Einrede ist ja dem Wesen der Einrede entsprechend im Prinzip möglich und statthaft,[3]) es fragt sich nur, welche Rechtsfolgen ein solcher Einredeverzicht auf die Bürgenverbindlichkeit ausübt. Die Frage ist in der Literatur sehr bestritten.

---

[1]) vgl. Windscheid § 477; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 78.

[2]) vgl. Enneccerus S. 500 und herrschende Meinung.

[3]) Enneccerus § 207 I 4a, § 218 II 3.

Die h. M., der ich mich auch anschließen möchte, geht dahin, daß der Bürge auf Einreden des Schuldners nicht verzichten kann, wenn anders er Bürge bleiben soll. Ein solcher Verzicht ist nicht haltbar, wenn man das in den §§ 765, 767 ausgedrückte Prinzip der Akzessorietät konsequent durchführen will. Denn ein solcher Verzicht wie hier auf sämtliche Einreden würde die Akzessorietät der Bürgenverbindlichkeit vollständig abstreifen. Daß auch die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs von diesem Gedanken ausgegangen sind, zeigen die Motive, die den Fall des Verzichts auf Einreden ausdrücklich behandeln.[1]) „Leistet der Bürge in einem Bürgschaftsvertrag auf eine dem Hauptschuldner zustehende Einrede Verzicht, so liegt nach § 670 BGB., soweit die Einrede dem Hauptschuldner Schutz gewährt, kein Bürgschaftsversprechen, sondern ein andersartiges, nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilendes Schuldversprechen vor."

Dagegen hat nun Schollmeyer behauptet, dies treffe erst dann zu, wenn der Einredeverzicht so weit gehe, daß der Bürge sich für eine nichtige Schuld verbürge und auf die Einrede der Nichtigkeit verzichte.

Die Ansicht der Motive verdient den Vorzug. Denn im Bürgerlichen Gesetzbuch ist die streng akzessorische Haftung des Bürgen wesentliches Merkmal der Bürgschaft, und daraus folgt, daß sich der Bürge auf die

---

[1]) Mot. Bd. 2 S. 662.

rechtlichen Mängel des Gläubigeranspruchs muß berufen können. Außerdem dient die Bürgschaft zum Schutze des Gläubigers nur gegen eine etwaige Leistungsunfähigkeit des Hauptschuldners, nicht aber gegen Nachteile, die aus der Mangelhaftigkeit des Anspruches selbst entspringen. Wenn dann ein Bürge trotz des Einredeverzichts für die rechtliche Verwirklichung des Anspruchs haftbar gemacht werden soll, so stellt sich seine Verpflichtung nicht mehr als eine aus Bürgschaft entspringende dar, sondern für die Verpflichtung kann nur ein anderer Vertrag in Betracht kommen. Es wird durch Willkür der Parteien die Haftung des „Bürgen" derartig erweitert, daß eine solche nicht mehr mit der begrifflichen Haftung des Bürgen in Einklang steht.

Dernburg[1]) verwertet bei der Untersuchung dieser Frage den Unterschied zwischen der dilatorischen und peremptorischen Einrede. Seiner Meinung nach bleibt bei der letzteren eine gültige Bürgschaftsverbindlichkeit bestehen, wenn sie eine Naturalobligation hinterlasse. Er meint damit, die Einrede hindere zwar den Berechtigten, sein Recht geltend zu machen, sein Recht bleibe aber, wenn auch klaglos bestehen. Für ein solches Recht sei aber eine klagbare Bürgschaft möglich.

War diese Ansicht schon für das gemeine Recht nicht unbestritten,[2]) so ist sie für das heutige Recht

---

[1]) § 287.

[2]) Girtanner S. 385.

noch weniger haltbar. Eine Bürgschaftsübernahme für eine derartige Verbindlichkeit kann nicht oder nur in sehr beschränktem Maße zugelassen werden. Die Akzessorietät verlangt die Existenz einer rechtsverbindlichen Obligation. Die Bürgschaft setzt eine klagbare Verpflichtung des Hauptschuldners voraus.[1])

Es ist also entgegen der Ansicht von Dernburg und Schollmeyer anzunehmen, daß keine Bürgschaft im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorliegt, wenn der Bürge auf Einreden des Hauptschuldners verzichtet.[2])

Außerdem gibt das Gesetz in den §§ 770, 771 dem Bürgen noch die Einreden der Vorausklage, der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit, die drei sogen. dilatorischen Bürgschaftseinreden. Diese Einreden stellen nicht die Bürgenverpflichtung an sich in Frage, sondern geben dem Bürgen nur das Recht zur zeitweisen oder dauernden Verweigerung der Leistung. Durch die Einrede der Vorausklage ist dem Bürgen das Recht gegeben, die Zahlung zu verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner versucht hat. Ferner kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner

---

[1]) Siber S. 63; Heidenheimer S. 50.

[2]) vgl. Staudinger § 768; Endemann § 191 Anm. 12; Oertmann § 768 Anm. 3; Planck § 768 Anm. 4c; Westerkamp 129ff.; Herms S. 38; Enneccerus § 417; Goldmann-Lilienthal §§ 209, 210; Matthias § 131D; Meißner § 768 Anm. 2; Kremer S. 5.

das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten (§ 770 Abs. 1). Es erscheint unbillig, den Bürgen aufs Ungewisse hin zur Zahlung zu zwingen, solange ein solches Anfechtungsrecht besteht.[1])

Die gleiche Befugnis hat nach § 770 Abs. 2 der Bürge solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann. Der Bürge selbst kann nicht, im Gegensatz zum gemeinen Recht, mit der Forderung des Hauptschuldners aufrechnen, das hieße „Verfügen über fremdes Vermögen". Solange sich aber der Gläubiger durch Aufrechnung Befriedigung verschaffen kann, soll der Bürge nicht angegangen werden; es steht ihm die dilatorische Einrede zu. Es entspricht der Billigkeit, daß der Gläubiger nicht den Bürgen in Anspruch nehmen kann, obwohl er sich durch Aufrechnung gegenüber dem Hauptschuldner befriedigen kann.

Kann der Bürge nun auf diese ihm kraft Gesetzes zustehenden Einreden verzichten? Der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage ist im Gesetz geregelt. Bezüglich der beiden anderen Einreden möchte ich mich dahin entscheiden:

Die Einrede der Anfechtbarkeit hat ihren Grund in dem zwischen Gläubiger und Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnis. Die Haftung des Haupt-

[1]) So Enneccerus S. 505.

schuldners wird dadurch gegenüber dem Gläubiger beschränkt. Wenn nun das Gesetz diese Einrede auch dem Bürgen gewährt, so enthält auch diese Einrede eine weitere Durchführung des Prinzips der Akzessorietät. Auch das Recht des Bürgen, sich auf die Möglichkeit der Aufrechnung berufen zu können, ist ein Ausfluß desselben Prinzips, das erfordert, daß der Bürge nicht schlechter gestellt sein darf als der Hauptschuldner. Es würde diesem Prinzip offenbar widersprechen, wenn der Hauptschuldner eine durch die Aufrechnungsmöglichkeit geschaffene günstige Rechtslage hätte, während der Bürge sich nicht auf die Aufrechenbarkeit sollte berufen können. Beide Einreden sind also begründet auf dem akzessorischen Verhältnis zwischen Bürgenhaftung und Schuldnerhaftung. Verzichtet nun der Bürge auf diese Einreden, so wird dadurch das Akzessorietätsprinzip zu ungunsten des Bürgen getrübt. Der Bürge ist dann erheblich schlechter gestellt als der Hauptschuldner. Eine solche Haftung entspricht aber nach der Meinung des Verfassers nicht mehr der begrifflichen Bürgenverpflichtung, sondern geht, weil verstärkt, über den Rahmen der Bürgenverpflichtung hinaus. Verzichtet also der Bürge auf seine eigenen Einreden, so haftet er nach der hier vertretenen Auffassung nicht mehr als Bürge.

Heißt es demnach, was öfters vorkommt, in dem zwischen Bürgen und Gläubiger abgeschlossenen Bürgschaftsvertrag: „Ich übernehme dem Gläubiger gegen-

über die Bürgschaft unter Verzicht auf alle Einreden“ so erhellt zunächst nicht, was mit einem Verzicht auf alle Einreden gemeint ist. Will man damit auf die nach § 768 Satz 1 BGB. dem Bürgen zustehenden Einreden des Hauptschuldners verzichten oder nur auf die typischen, sogen. Bürgschaftseinreden, die das Gesetz dem Bürgen gewährt? Diese Frage muß nach allgemeinen Grundsätzen im Wege der Auslegung entschieden werden. Zu welchem Ergebnis ein solcher Verzicht für jeden der zwei Fälle führt, lehrt die oben gewonnene Entscheidung.

Ein Fall, der öfters übersehen wird, sei hier noch kurz erwähnt: Die Unterbrechung der Verjährung der Hauptschuld wirkt auch gegen Bürgen, wie sich das schon aus der unselbständigen Natur seiner Verbindlichkeit folgerichtig ergibt.[1])

Von Einfluß auf den jeweiligen Bestand der Bürgenverbindlichkeit sind aber „die den Inhalt der Hauptschuld erweiternden, verkleinernden oder sonstwie umgestaltenden Ereignisse“. Das ergibt sich logischerweise aus dem Satze, daß die Bürgenverpflichtung sich nach dem jeweiligen Bestand der Hauptschuld richtet. Nur kann hier, wie Geib richtig ausführt, von einer eigentlichen „Veränderung“ der Bürgenverbindlichkeit nicht die Rede sein, denn diese Ereignisse verändern die Obligation des Bürgen nicht im gleichen Sinn wie

---

[1]) Vgl. Geib S. 76; Seuffert Bd. 14 S. 31; Heidenheimer S. 75 ff.

die des Hauptschuldners, da der Bürge, wenn er auf Grund der veränderten Hauptschuld seine Verbindlichkeit erfüllt, nichts anderes leistet, als was er von vornherein versprochen hat.[1])

Ob der Bürge für Nebenforderungen des Gläubigers einzustehen hat, war von jeher bestritten. Es handelt sich namentlich um Vertragszinsen und Vertragsstrafen. Im gemeinen Recht wurde die Frage im allgemeinen verneint in Rücksicht auf l. 10 C. 8, 41, wo speziell die Haftung für Vertragszinsen nur dann eine Bejahung findet, wenn sie ausdrücklich vereinbart ist (si in usuras quoque obligatus est).[2]) Dernburg[3]) und Windscheid[4]) vertraten die Ansicht, daß der Bürge für alle vertragsmäßigen Nebenverpflichtungen haftet, in deren Kenntnis er die Bürgschaft übernommen hat. Es entspricht auch dem Sicherungszwecke dieses Instituts, daß dem Gläubiger Sicherheit geleistet wird für das, was er vom Schuldner fordern kann. Für das heutige Recht ist wohl die Frage im oben erwähnten gleichen Sinne zu beantworten, wie sie die Wissenschaft des späteren gemeinen Rechts beantwortet hatte, mehr aus der Natur der Sache heraus, wie Büttner[5]) richtig ausführt, als aus angeführten Quellenstellen. Also wird

---

[1]) a. a. O. S. 79.

[2]) Seyfferth S. 12.

[3]) a. a. O. § 78.

[4]) a. a. O. § 477.

[5]) S. 19.

meist anzunehmen sein, daß ein Bürgschaftsversprechen, das in Kenntnis der Verzinslichkeit für eine verzinsliche Schuld eingegangen wurde, sich auch auf die Zinsverbindlichkeit erstrecken soll.[1])

Als gegensätzlicher Fall sei noch angeführt, daß das rechtskräftige Urteil gegen den Hauptschuldner nicht auch gegen den Bürgen wirkt. Denn sein Einfluß auf das Verhältnis zwischen Bürgen und Gläubiger bemißt sich nach dem Grundsatze über die subjektive Rechtskraft des Urteils. Selbst dann schafft es keine Rechtskraft gegenüber dem Bürgen, wenn es z. B. Fortbildungen oder Erweiterungen des Hauptanspruchs feststellt.[2])

2. Nachträgliche Veränderungen der Haftung bei Verzug, Unmöglichkeit, Verschulden; Pflicht zur Tragung der Kosten.

Kraft des Prinzips der Akzessorietät erweitert sich mit dem Umfange der Hauptschuld auch die Bürgenverbindlichkeit. Doch macht Satz 3 des Abs. 1 des § 767 insofern eine Ausnahme, als durch nachträglich vorgenommene Rechtsgeschäfte des Hauptschuldners die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert wird. Der

---

[1]) Enneccerus S. 501; Staudinger § 776, 1. Seufferts Arch. Bd. 32 S. 234; ROHG. Bd. 10; Mot. S. 52.

[2]) Vgl. Staudinger § 767, 6; RG. Bd. 56 S. 109; Herms S. 29; Crome S. 880; Dernburg S. 287 VI; Enneccerus S. 501.

Inhalt dieser Vorschrift ist ganz klar. Schwierigkeit bietet jedoch ein häufiger Anwendungsfall, der hier zunächst zu untersuchen ist, nämlich die nach Abschluß des Bürgschaftsvertrags vereinbarte Stundung. Das vorgenommene Rechtsgeschäft ist zugunsten des Hauptschuldners getroffen, kann jedoch zu ungunsten des Bürgen wirken. Liegt in der vom Gläubiger dem Hauptschuldner gewährten Stundung eine Erweiterung der Bürgenverbindlichkeit, die nach § 767 Abs. 1 S. 3 den Bürgen nicht berührt? Die Ansichten über diese Frage sind geteilt. Die Stundung gewährt dem Hauptschuldner eine Wohltat, für den Bürgen enthält sie insofern eine Erschwerung, als die Dauer seiner Haftung verlängert wird. So wird gelehrt, daß der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner die Haftung des Schuldners nicht ändern kann, wenn dadurch auch eine Erschwerung der Bürgenhaftung eintritt. Andernfalls gehe der Gläubiger seines Rechts gegen den Bürgen verlustig.[1]) Diese Ansicht stützt sich darauf, daß der Bürge bei einer innerhalb der Stundungsfrist eintretenden Insolvenz um die Einrede der Vorausklage kommen könne. Ich möchte mich dahin entscheiden, daß der Bürge die durch ein nachträglich vorgenommenes Rechtsgeschäft geschaffene Rechtslage für sich nicht als maßgebend anzuerkennen braucht, woraus zu folgern ist,

---

[1]) Westerkamp S. 533; Oertmann § 767 II C; Endemann S. 1193ff.; schwankend Seufferts Arch. Bd. 32 Nr. 234.

daß seine Haftung an dem ursprünglich vereinbarten Zeitpunkt ihr Ende findet. Der Gläubiger geht aber m. E. nicht seines Anspruchs gegen den Bürgen verlustig. Denn diese letztere Behauptung entbehrt einer Begründung. Selbst wenn der Bürge auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat, darf es nicht außer Betracht bleiben, daß die Bürgschaftsverbindlichkeit nicht weiter reicht als der Bürgschaftswille. Hat aber jemand die Bürgschaft für eine an einem bestimmten Tage fällige Schuld übernommen, so ist daraus nicht zu schließen, daß er willens war, für die Schuld zu haften, wenn sie infolge der Stundung erst später fällig wird. Denn er ist, je länger die Frist, desto mehr den Schwankungen in der Vermögenslage des Hauptschuldners unterworfen. Und wollte er, um sich zu befreien, jetzt schon den Gläubiger befriedigen, so könnte er vor Ablauf der Frist auch nicht die Forderung gegen den Hauptschuldner geltend machen, da die Forderung, wie sie ist, nach § 477 im Wege der cessio legis auf ihn übergeht. Aus diesen Gründen darf man wohl in einer Stundung eine Erweiterung der Bürgenverbindlichkeit im Sinne des § 767 Abs. 1 Satz 3 sehen.[1])

Irrig scheint dem Verfasser die entgegengesetzte Meinung zu sein, nach der der Bürge nicht in der Lage sei, zu widersprechen, wenn der Gläubiger dem Hauptschuldner eine Frist gewährt. Nach dieser Ansicht

---

[1]) OLG. Bd. 6 S. 452.

läge eine rechtliche Erweiterung der Haftung in der Stundung nur dann, wenn die Bürgschaft auf eine bestimmte Zeit eingegangen ist.[1]) Nach der hier vertretenen Meinung aber enthält die Stundung trotz der Rechtswohltat für den Hauptschuldner eine Erweiterung, die den Bürgen nicht berührt; seine Haftung ist indessen nicht völlig erloschen.[2])

Die Streitfrage, ob in der mehrfach erwähnten Bestimmung des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB. eine Durchbrechung des Akzessorietätsprinzips zu finden sei oder nicht, ist ohne praktische Konsequenzen. Herms (S. 28) verneint die Frage mit der Behauptung, daß die durch das Rechtsgeschäft erweiterte Hauptschuld eine andere sei als diejenige, für die sich der Bürge ursprünglich verbürgt habe. Doch ist wohl mit Seyfferth[3]) anzunehmen, daß in der Bestimmung des Satz 3 eine Durchbrechung des Prinzips zu erblicken ist, weil, wenn die Hauptschuld durch die Erweiterung eine andere würde, die Bürgschaftsverbindlichkeit überhaupt untergehen müßte. Auch ist zu folgern, daß ohne die Normierung des Satz 3 nach der Bestimmung des Satz 1 die Verbindlichkeit des Bürgen sich auch auf die erweiterte Hauptschuld konsequenterweise miterstrecken müßte.

---

[1]) Vgl. Planck § 767, 1b; Herms S. 25; Crome § 298, 3; Staudinger § 767, 2.

[2]) RG. Bd. 59 S. 223; ähnl. i. Ergebnis Seyfferth S. 44ff.

[3]) S. 45.

Der erwähnte Satz 3 des § 767 zwingt per argumentum e contrario zu dem Schlusse, daß ipso iure eintretende Erweiterungen die Bürgschaft mit ergreifen. Auch beweist, wie Seyfferth hervorhebt, die Fassung des Satz 2 („auch"), daß die beiden angeführten Fälle die Veränderung durch Verzug oder Verschulden des Hauptschuldners nicht nur als Ausnahmefälle, sondern als zwei besonders wichtige Anwendungsfälle des oben statuierten Prinzips aufzufassen sind.[1])

Der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit bleibt also für den Bürgen maßgebend, auch wenn sie durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners verändert oder erweitert wird.[2]) Der Bürge haftet nicht nur für den Leistungsgegenstand, sondern auch für alle Erhöhungen der Schuld, die daher rühren, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht oder nicht rechtzeitig, nicht vollständig, nicht richtig erfüllt hat.[3]) Durch diese Bestimmung ist die Streitfrage des gemeinen Rechts, ob der Bürge für Verzugszinsen nur hafte, wenn er sich für omnis culpa verbürgt habe, beseitigt. Die Haftung für Verzugszinsen ergibt sich schon daraus, daß der Bürge die Haftung für gehörige, also auch rechtzeitige Erfüllung übernommen hat.[4])

---

[1]) Seyfferth S. 13f.

[2]) vgl. Staudinger § 767; Staub zu § 349; Müller-Meikel S. 395.

[3]) Kohler S. 415f.

[4]) Enneccerus S. 501 Anm. 6.

Die Vorschrift des Gesetzes, daß sich die Haftung des Bürgen auch auf die durch Verschulden oder Verzug erfolgte Änderung erstreckt, erscheint, um mit den Motiven[1]) zu reden, gemäß dem Wesen der Bürgschaft als die allein richtige und stimmt mit dem gemeinen Recht im wesentlichen sachlich überein.[2]) Daraus folgt auch, daß der Bürge, auch wenn der Hauptschuldner im gegebenen Schuldverhältnis die Gefahr trägt, d. h. leisten muß, ohne die Gegenleistung zu erhalten, oder ohne sein Verschulden die Leistung ganz oder teilweise unmöglich geworden ist, für die hieraus sich ergebenden Änderungen der Hauptverbindlichkeit einzustehen hat.[3]) Er haftet auch für die von dem Verpflichteten verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung, d. h. die Gefahr der Nichtbefriedigung liegt nicht allein in dem Nichtkönnen, sondern auch in dem Nichtwollen des Schuldners. Wer nun die Kreditgefahr übernimmt, haftet daher auch für das Nichtwollen des Schuldners, d. h. für ein Verschulden desselben.[4]) Es ist ja der Zweck der Bürgschaft, den Gläubiger gegen „alle obligationswidrigen Handlungen oder Unterlassungen des Hauptschuldners" zu sichern.[5]) Alle diese eventuellen Erweiterungen und

---

[1]) S. 664.

[2]) vgl. l. 56 § 2; l. 58 § 1 D. 46, 1; l. 24 § 1 D. 22, 1; code Napoleon art. 2016; sächs. BGB. § 1456.

[3]) Mot. S. 664; Enneccerus S. 501, 1; Crome § 296, 2.

[4]) Hauser in Löhrs Zentralorgan S. 359.

[5]) Koban VIII.

Umbildungen sind in der Natur des Schuldverhältnisses einbegriffen, so daß sich die Bürgschaft darauf erstreckt.

Im römischen Recht konnte der Bürge für das Plus infolge der Mora des Hauptschuldners nur in Anspruch genommen werden, wenn er sich auch für dieses Plus oder in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit verbürgt hatte; meistens aber wird diese Erweiterung der Bürgenverbindlichkeit angenommen werden müssen, wenn die Bürgschaft in omnem causam übernommen war.[1]) Für das heutige Recht scheint dem Verfasser die Erklärung von Geib[2]) interessant und einleuchtend zu sein. Er meint, die Haftung des Bürgen für Verzugszinsen werde nicht erklärt, wie Baron[3]) es lehrt, durch die bonae fidei-Natur der heutigen Bürgschaftsobligation; diese würde vielmehr gerade verlangen, daß der Bürge für keine andere Verpflichtung des Hauptschuldners in Anspruch genommen werden kann als solche, welche sich aus der Hauptobligation ergeben. Der wahre Grund sei vielmehr der, daß uns die römischrechtliche Vorstellung von den Verzugszinsen, wonach dieselben officio judicis gewährt werden und nicht eigentlich in obligatione seien, verloren gegangen ist, dieselben vielmehr vom Standpunkt des modernen Rechts aus als Erweiterungen der Hauptschuld selbst in Betracht kommen.

---

[1]) vgl. oben S. 17.

[2]) S. 79 ff.

[3]) Pand. § 259.

Zu den auf Verzug beruhenden Erweiterungen gehört die durch § 767 Abs. 2 dem Bürgen auferlegte Verpflichtung zur Tragung der von dem Hauptschuldner dem Gläubiger zu ersetzenden Kosten der Kündigung und Rechtsverfolgung. Man könnte zweifeln, ob diese Verpflichtung den Bürgen stets oder nur unter besonderen Umständen treffen solle. Unser Gesetz hat es für zweckmäßig erachtet, den Bürgen schlechthin haften zu lassen.[1]) Dies ist auch dann der Fall, wenn der Gläubiger den Prozeß anstrengt, ohne vorher den Bürgen zur Leistung aufgefordert zu haben,[2]) oder wenn die Rechtsverfolgung etwa durch eine erst längere Zeit nach der Fälligkeit erhobene Klage verschuldet war, weil der Hauptschuldner insolvent geworden war. Die Vorschrift des § 767 Abs. 2 enthält eine Ausnahme vom Akzessorietätsprinzip, denn nach diesem würde sich nur die Erstattung der Kosten rechtfertigen, die durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners, auf dessen rechtliche Verpflichtungen es bei der Akzessorietät der Bürgenhaftung sonst nur ankommt, entstanden sind.[3])

Der Vorschrift unseres Gesetzes steht die Bestimmung anderer Kodifikationen entgegen, wonach der Bürge nur insofern für die Kosten der Ausklagung des

---

[1]) Planck § 767, 5; Endemann § 191 Anm. 7; Bl. f. RA. Bd. 67 S. 354; Windscheid S. 1022.

[2]) Seyfferth S. 14.

[3]) Herms S. 29.

Hauptschuldners haftet, als ihm rechtzeitig Gelegenheit gegeben wurde, durch Befriedigung des Gläubigers dieselbe zu vermeiden.[1]) Wie die Motive richtig angeben, hat diese Bestimmung Gründe der Billigkeit für sich. Allein einerseits legt eine derartige Bestimmung dem Gläubiger eine Verbindlichkeit auf, die sich aus dem Bürgschaftsverhältnis schwer herauslesen läßt, so daß also hinsichtlich der Kosten keine Diligenzpflicht des Gläubigers besteht. Andererseits gewährt sie dem Bürgen nur einen geringen Vorteil, denn er wird meistens den Gläubiger nicht befriedigen wollen, solange es ungewiß ist, ob der Hauptschuldner in einen Prozeß mit dem Gläubiger sich einlassen und die gerichtliche Durchführung der Ansprüche desselben erwarten will. Aus diesen Gründen scheint die Norm unseres Gesetzes gerechtfertigt. Ein in der 2. Kommission gestellter Antrag, die Frage in dem obenerwähnten Sinne zu regeln, also derart, daß der Bürge nur haftet, wenn er vorher vergeblich vom Gläubiger zur kostenlosen Befriedigung aufgefordert worden war, wurde abgelehnt.[2]) Es wird anzunehmen sein, daß der Bürge zur Kostentragung nicht verpflichtet ist, wenn er sich vor Anstellung der Klage zur Zahlung erboten hat. Der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs wird in nichts geändert, wenn der Bürge auf die Vorausklage

[1]) Schweiz. BG. Art. 499 Abs. 2; code civil art. 2016; hess. Entw. Art. 594, 3; bayr. Entw. Art. 871 Abs. 3.

[2]) Staudinger § 767, 3.

verzichtet hat. Ein solcher Verzicht auf die Vorausklage berechtigt nur den Gläubiger, den Bürgen vor dem Hauptschuldner zu belangen, verpflichtet ihn aber nicht dazu; er vermehrt die Befugnisse des Gläubigers, vermindert sie aber nicht, insofern er gezwungen wäre, durch Belangung des Bürgen die durch Ausklagung des Hauptschuldners entstehenden Kosten zu sparen. Wenn der Bürge gar die Bürgschaft eingegangen ist, um dem Hauptschuldner Kredit zu verschaffen, so ist er dabei von der Wahrscheinlichkeit ausgegangen, daß jener für seine Verpflichtung habe selbst einstehen wollen, nicht aber hat der Bürge den Gläubiger nötigen wollen, ihn selbst zu belangen. Auch bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft haftet der Bürge für die Kosten der Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner.[1])

Sehr bestritten ist die Frage nach der Haftung des Bürgen, wenn die Erfüllung der Hauptschuld ohne Verschulden des Hauptschuldners, aber durch Verschulden des Bürgen unmöglich wird, z. B. wenn der Bürge den Untergang der geschuldeten Sache durch Fahrlässigkeit herbeigeführt hat. In unserem Gesetz befindet sich hierüber keine Bestimmung, die Frage ist also der Wissenschaft überlassen.[2]) Nur im Dresdener Entwurf[3]) findet sich eine bezügliche Bestimmung: Ist durch Verschuldung des Bürgen, ohne Befriedigung des Gläubigers

[1]) Planck § 767, 5; OLG. in Seufferts Arch. Bd. 46 Nr. 188.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 666.

[3]) Art. 945.

die Erlöschung der Hauptschuld herbeigeführt worden, so erlischt die Bürgschaft nicht mit der Hauptschuld. Die Frage geht darauf hinaus: Bleibt der Bürge aus dem Bürgschaftsverhältnis dem Gläubiger verhaftet? Denn unbestritten finden die Rechtssätze der unerlaubten Handlung Anwendung, wenn, was meistens der Fall sein wird, der Tatbestand des § 823 gegeben ist. Möglich ist aber auch der Fall, daß kein Delikt vorliegt, so wenn die vom Hauptschuldner geschuldete Sache dem Bürgen selbst gehört und von diesem zerstört worden ist.[1]) Dann ist die Anwendung von § 823 ausgeschlossen, wenn man mit der allgemein herrschenden Meinung keine Forderungsrechte, sondern nur absolute Rechte unter den „sonstigen Rechten" des § 823 versteht. Auch § 826 verdient hier Beachtung. Denn unter ihn fällt auch die Verletzung von Forderungsrechten. Es stehen hier zwei juristische Prinzipien miteinander in Widerstreit: das, sagen wir, Bürgschaftsprinzip und das Verschuldensprinzip. Welches ist das stärkere?

Im römischen und gemeinen Recht wollte man zunächst eine Haftung des Bürgen lediglich auf Grund einer actio doli eintreten lassen.[2]) Doch schon Paulus und Papinian[3]) lassen den Bürgen, welcher den Untergang des Schuldobjekts verursacht hat, fortfahren zu haften, und zwar auf Grund des Bürgschaftsverhältnisses,

[1]) Enneccerus S. 500.

[2]) So Neratius und Julianus l. 19 D. 4, 3.

[3]) l. 95 § 1 D. 46, 3; l. 88 D. 45, 1.

indem sie unseren Fall mit dem vergleichen, wo der Bürge auf Grund der Bürgschaft haftbar bleibt, nachdem der Hauptschuldner unbeerbt gestorben ist.[1]) In bezug auf das spätere römische Recht lehrt Geib[2]): „Paulus und Papinian haben offenbar erkannt, was den älteren Juristen entgangen war, daß hier nicht von einem absoluten, sondern nur von einem relativen Untergang der Hauptschuld die Rede sein, der Gläubiger also, wenn auch nicht dem liberierten Hauptschuldner, so doch dem nichtliberierten fideiussor gegenüber immer noch als solcher, nämlich als Gläubiger des Hauptschuldners, nicht nur als stipulator des Bürgen auftreten dürfe. Tenetur ex stipulatu actione fideiussor".

Auch heute stehen sich zwei Ansichten streng gegenüber. Die eine Meinung sagt: Durch Unmöglichwerden der Leistung, das der Schuldner nicht zu vertreten hat, wird dieser frei. Mit dem Erlöschen der Hauptschuld geht auch die Bürgschaftsverpflichtung unter. Mithin kann der Bürge nicht mehr aus dem Bürgschaftsverhältnis haften. Diesen Standpunkt vertritt besonders Westerkamp[3]) und mit ihm Seyfferth mit der oben angegebenen Argumentation. Forthaftung des Bürgen erfordere Fortbestehen der Bürgschaft, durch den Untergang der Hauptverbindlichkeit erlösche aber auch das

[1]) vgl. Büttner S. 40f.

[2]) S. 100f.

[3]) a. a. O. S. 94ff.; Herms S. 30; Kisch S. 43; Krit.VSchr. Bd. 44 S. 506f.

Bürgschaftsverhältnis. Der Verfasser vertritt jedoch mit der herrschenden Meinung [1]) den entgegengesetzten Standpunkt. Seyfferth[2]) kommt zu seinem Ergebnis, weil er Bürge und Hauptschuldner für Gesamtschuldner hält — eine unhaltbare Ansicht, da die Bürgenverpflichtung vielmehr eine akzessorische ist —. Und Westerkamp sagt selbst, es erscheine im höchsten Grade unbefriedigend, daß ein Schuldner sich von seiner Verpflichtung durch Verschulden solle befreien können. Gerechtigkeit und Billigkeit könnten es fordern, daß die anfangs akzessorische Verbindlichkeit des Bürgen nunmehr ihres akzessorischen Charakters entkleidet als selbständige Verpflichtung fortbestehe, so daß der Bürge nach § 280 BGB. für den Schaden hafte. In der Tat ist das, wie ich behaupte, hier der Fall. Denn einmal verpflichtet das die Schuldverhältnisse beherrschende Prinzip von Treu und Glauben den Bürgen, der für die Leistung des Hauptschuldners einzustehen hat, zur sorgfältigen Vermeidung alles dessen, was die Erfüllung hindern könnte.[3]) Und warum sollten zum zweiten die oben erwähnten Ausführungen Geibs nicht auch auf das heutige Recht zutreffen? Das heißt nichts anderes als: für den Bürgen ist die Hauptschuld nicht untergegangen (wegen seines

---

[1]) Planck § 765 Anm. 8; Matthias S. 648 Va; Oertmann § 767, 2a; Dernburg S. 408; Enneccerus S. 500, 3; Windscheid-Kipp, Kohler S. 407; Crome § 298 u. a.

[2]) S. 42 f.

[3]) So Enneccerus S. 500.

dolus bezw. culpa), sondern fiktiverweise perpetuiert oder von selbst in eine Interesseleistungspflicht umgeschlagen und daher maßgebend für den Inhalt der fideiussoria obligatio geblieben.[1]) Der Bürge erfüllt für den Hauptschuldner, weil er die Befreiung des Hauptschuldners verschuldet und als Bürge dem Gläubiger gegenüber zu verantworten hat. An die Stelle der untergegangenen Schuld ist die Ersatzleistung getreten, ohne daß die Intensität der Bürgenverbindlichkeit gelitten hätte. Die Identität der Schuld hat gewechselt, aber da dieser Wechsel auf Gesetz beruht, bleibt die Bürgschaft bei Bestand. Es ist nicht angängig und mit der Billigkeit schwer zu vereinen, daß der Gläubiger in einem solchen Fall lediglich auf den Anspruch aus unerlaubter Handlung sollte angewiesen sein. Wie schon aus der ganzen Gestaltung des Verschuldensprinzips in unserem Rechte zu entnehmen sein dürfte, erweist es sich auch hier stärker als das Bürgschaftsprinzip. Ja sogar, wenn man den Westerkampschen Standpunkt für richtig hielte, sollte man auch hier, um mit Jhering zu reden, die Logik des Zwecks über die Logik der Mittel setzen dürfen. Es ist deshalb trotz etwaiger Bedenken gegen die juristische Konstruktion an der herrschenden Meinung festzuhalten, daß der Bürge fortfährt, aus dem Bürgschaftsverhältnis zu haften, wenn er den Untergang der geschuldeten Sache schuldhafterweise herbeigeführt hat.

[1]) Geib S. 101.

III. Rechtspflichten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen.

1. Geschichtliche Entwicklung.

Bei der Untersuchung der Frage, in die wir jetzt eintreten wollen, ob bei einer Bürgschaft auch der Gläubiger dem Bürgen gegenüber rechtliche Pflichten habe, bietet unser Gesetz lediglich durch die Bestimmung des § 776 eine Handhabe. Das Gesetz sagt nur, daß, falls der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen aufgibt, der Bürge insofern frei wird, als er aus dem aufgegebenen Rechte nach § 774 BGB. hätte Ersatz verlangen können. Es fragt sich nun, ob die in dieser Norm liegende Pflicht des Gläubigers zu verallgemeinern ist zu einer allgemeinen Diligenzpflicht. Die herrschende Meinung verneint diese Frage mit wenigen Ausnahmen. Sie argumentiert so:

Der Bürgschaftsvertrag begründet für den Bürgen nur Verbindlichkeiten, für den Gläubiger nur Rechte; infolgedessen sind keine Pflichten des Gläubigers irgendwelcher Art dem Bürgen gegenüber anzunehmen. Es handelt sich darum: Ist der Gläubiger verpflichtet, bei seinem Vorgehen, insbesondere beim Belangen des Hauptschuldners die Interessen des Bürgen zu berücksichtigen oder kann er ohne rechtliche Nachteile durch sein Vorgehen den Bürgen um den Regreß bringen?

Diese Frage steht in engem Zusammenhang mit der Frage des Rückgriffs des Bürgen gegen den Schuldner. Nach BGB. § 774 geht, wenn der Bürge den Gläubiger befriedigt, die Forderung im Wege der cessio legis auf ihn über, und er kann somit ohne weiteres gegen den Hauptschuldner Regreß nehmen, wobei es ihm natürlich unbenommen bleibt, selbstverständlich nur einmal, auch auf Grund des der Bürgschaft zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses, wie Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag, sich beim Hauptschuldner zu erholen.

Dies ist das Ergebnis einer längeren Entwicklung. Das römische Recht gewährte dem zahlenden Bürgen den Regreß zunächst nur nach den Bestimmungen des Mandats oder der negotiorum gestio.[1])

Außer diesem Regreßanspruch stand ihm noch im späteren römischen Recht ein solcher auf Grund der Klagerechte zu, die der Bürge sich durch das sogen. beneficium cedendarum actionum verschaffen konnte. Der Ursprung dieses beneficium findet sich beim mandatum qualificatum. Der Bürge konnte so lange die Zahlung verweigern, bis ihm vom Gläubiger die alten Klagerechte gegen den Hauptschuldner zediert wurden.[2]) So heißt es in l. 27 § 5 D. 17, 1: Si mandatu meo Titio

[1]) Walter S. 10. Kein Regreß stand ihm zu, wenn er gegen den Willen des Hauptschuldners intervenierte, er also fideiussor in rem suam war, oder er donandi animo handelte. Vgl. Abegg S. 31.

[2]) Brockhues S. 12.

credideris et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. Es ist sehr strittig, wann und wie diese Grundsätze auf die eigentlichen Bürgschaftsformen des römischen Rechts übertragen worden sind. Der Entwicklungsgang ist wohl derart, daß der fideiussor nur gegen Zession der Klagerechte zur Zahlung gezwungen werden konnte, wobei aber diese Zession noch von dem Willen des Gläubigers abhing. Wenn er die Zession verweigerte, konnte ihm der Bürge eine exceptio doli entgegensetzen. Im gemeinen Recht dagegen gestaltete sich das beneficium cedendarum actionum derart, daß dem Gläubiger bei Zahlung seitens des Bürgen eine Zessionspflicht oblag. Der Bürge konnte also die Abtretung der Klagerechte vom Gläubiger begehren.[1]) Denn für den Ersatzanspruch des Bürgen kann ihm der zedierte Anspruch des Gläubigers gegen den Hauptschuldner sehr wertvoll sein, sei es, daß der Bürge aus dem zugrunde liegenden Regreßverhältnis regreßberechtigt ist, sei es, daß er einer Regreßklage zunächst noch ermangelt. Im ersteren Fall wird ihm die Zession den Regreß erleichtern, im zweiten sogar erst ermöglichen.[2])

Darin liegt schon der Keim des Subrogationsprinzips, das darin besteht, daß durch Zahlung seitens eines Dritten auf diesen die Gläubigerrechte übergehen. Die

---

[1]) vgl. Koban S. 6; Windscheid § 481.

[2]) Abegg S. 27.

endgültige Form ist dann die moderne Subrogation, das heißt: ipso jure ohne förmliche Zession erfolgt der Übergang der Gläubigerrechte auf den zahlenden Bürgen. Diese Gestaltung hat praktische Vorteile für sich, denn nur durch diesen ipso jure-Übergang wird dem zahlenden Bürgen das Forderungsrecht und somit der Regreß gegen den Hauptschuldner sicher erhalten. Der Bürge tritt in die Stellung des Gläubigers ein und kann aus dieser heraus gegen den Schuldner die Klage erheben.[1]) Damit fallen auch die Streitfragen weg über den Zeitpunkt und Umfang der Zessionspflicht. Diese Form der Subrogation ist in den meisten neueren Kodifikationen zu finden. So heißt es in:

ALR. I, 14 § 338: Der Bürge tritt, soweit er den Gläubiger befriedigt hat, in alle Rechte desselben gegen den Hauptschuldner, ohne daß es dazu einer ausdrücklichen Zession bedarf.

Bad. LR. Art. 2029: Der Bürge, der die Schuld zahlt, tritt in alle Rechte des Gläubigers wider den Hauptschuldner kraft Gesetzes ein.

Österr. ABGB. § 1350: Wer die Schuld eines andern bezahlt, tritt in die Rechte des Gläubigers und ist befugt, von dem Schuldner den Ersatz der bezahlten Schuld zu fordern. Zu diesem Ende ist der befriedigte Gläubiger verbunden, dem Zahler alle vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherstellungsmittel auszuliefern.

---

[1]) Brockhues S. 14.

Code civil art. 2029: La caution, qui a payé la dette, est subrogée à tous les droits, qu'avait le créancier contre le débiteur.

Codice civile italiano art. 1916: Il fideiussore, che ha pagato il debito sottentra in tutte le ragioni, che aveva il creditore contro il debitore.

Código civil español art. 1839: El fiadar se subroga por el pago en todos los derechos, que el accreedor teniá contra el deudor.

Schweiz. ObIR. Art. 504: Auf den Bürgen gehen in demselben Maße, als er den Gläubiger befriedigt hat, die Rechte desselben über. Vorbehalten bleiben die besonderen Ansprüche und Einreden aus dem zwischen Bürgen und Hauptschuldner jeweilen bestehenden Rechtsverhältnisse.

BGB. § 774: Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden. Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt. Mitbürgen haften einander nur nach § 426.

Einen singulären Standpunkt nimmt das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen in § 955 ein: Wird ein Gläubiger von einem Dritten an der Stelle des Schuldners befriedigt und hat der Dritte sich vor oder bei der Befriedigung die Abtretung der Forderung

ausbedungen, so ist die Forderung mit der Befriedigung ohne weiteres als dem Dritten abgetreten anzusehen.

An der Hand dieser geschichtlichen Entwicklung der Sicherung des Regreßanspruches ist zu untersuchen, welchen Einfluß das diese Sicherung gefährdende Verhalten des Gläubigers auf die Bürgenverbindlichkeit ausübt.

Auszuscheiden hat dabei die gemeinrechtliche Prozeßart, nach der es dem vom Schuldner zur Bürgschaft veranlaßten Bürgen, wenn er fürchtet, durch Zögerung des Gläubigers bei der Belangung des Hauptschuldners in betreff seiner Rechtswohltaten gefährdet zu sein, freisteht, den Gläubiger zur Anstellung der Klage wider den Hauptschuldner gerichtlich aufzufordern, d. i. die eigentümliche Provokationsprozeßart, genannt ex lege si contendat,[1]) die durch die Zivilprozeßordnung abgeschafft worden ist.

Wenn der Gläubiger es durch eigene Nachlässigkeit verschuldet hat, daß er vom Hauptschuldner keine Befriedigung mehr erlangen kann, sei es, daß dieser insolvent geworden ist, sei es, daß er von der Konkursmasse ausgeschlossen wurde, so konnte sich nach klassischem römischen Recht der Gläubiger dessen ungeachtet noch an den Bürgen halten.[2]) Der Bürge genoß also keinen Schutz. Er konnte aus dem Verhalten des Gläubigers

---

[1]) Sintenis, Zivilrecht Bd. 2 S. 845.

[2]) Vangerow Bd. 3 § 578 Anm. 4; Windscheid § 478.

keine Einrede herleiten. Das geht auch aus l. 62 D. 46, 1 hervor, wo es heißt: si fideiussor creditori denuntiaverit, ut debitorem ad solvendam pecuniam compelleret vel pignus distraheret isque cessaverit, an possit eum fideiussor doli mali exceptione summovere? Respondit non posse. Denn nach römischem Recht entsteht die Bürgschaft durch stipulatio, also ein streng einseitiges Rechtsgeschäft, das nicht nach den Regeln der negotia bonae fidei zu beurteilen ist. Es ist deshalb auch keine Haftung des Gläubigers denkbar. Er war, ohne für sich Nachteile befürchten zu müssen, zu einer Diligenz dem Bürgen gegenüber nicht gehalten. Eine solche Pflicht würde der klar bestimmten Konstruktion widersprochen haben, daß der Gläubiger nur berechtigt, aber nie verpflichtet war.[1]) Bestand eine Diligenzpflicht nicht, so konnte sich auch keine Verpflichtung zur Bewahrung der Klagerechte konstruieren lassen. Das wird auch in den Quellen ausdrücklich erwähnt.[2])

Anders war es beim mandatum qualificatum, anders auch im späteren römischen und gemeinen Recht. Obwohl sich auch entgegengesetzte Meinungen[3]) finden, galt es doch als herrschende Lehre,[4]) in unserem Falle Be-

---

[1]) vgl. l. 62 D. 46, 1.

[2]) Insbes. l. 15 § 1 D. 46, 1.

[3]) So Bothmer in der Zeitschr. f. Zivil- u. Kriminalrechtspflege Bd. 1 S. 15; Jaeger Bd. 5 S. 231.

[4]) Vangerow a. a. O.; Windscheid § 478; Sintenis S. 845; Thibaut S. 107.

freiung des Bürgen anzunehmen. Zwei Momente der Rechtsentwicklung scheinen dem Verfasser von Einfluß gewesen zu sein. Einmal unterliegt das mandatum qualificatum den Bestimmungen des Mandats als Konsensualkontrakt, ist demnach auch als bonae fidei negotium zu behandeln. Zum zweiten ist die Einführung des beneficium excussionis von Bedeutung.

Durch die Einführung des beneficium excussionis haftet der Bürge immer erst subsidiär, und er hat nur noch für den wahren Schaden des Gläubigers einzustehen. Nach der Novelle IV enthält jede Bürgschaft die Bedingung, daß der Bürge erst dann verpflichtet ist, wenn der Gläubiger von dem Schuldner nichts zu erlangen vermag. Diese Bedingung ist aber nicht als erfüllt anzusehen, wenn der Gläubiger durch eigene Schuld außerstande ist, von dem Schuldner etwas zu erlangen. Haftet der Bürge, wie vor der Novelle IV., prinzipaliter neben dem Hauptschuldner, so konnte sich der Gläubiger mit Recht darauf berufen, daß er ohnehin die Forderung zunächst vom Bürgen eingetrieben haben würde. Nach Einführung des beneficium excussionis ist dem Bürgen jedoch die Einrede gegeben, wenn der Gläubiger die rechtzeitige Belangung des Hauptschuldners versäumte. Hieraus folgerte man, wie Enneccerus[1]) ausführt, daß, nachdem das Recht der Vorausklage nach Gesetz dem Bürgen zusteht, die Einrede stets dem Bürgen

[1]) S. 509.

gegeben werden müsse. In Verbindung damit erscheint es auch richtig, eine Pflicht des Gläubigers zur sorgfältigen Bewahrung der Klagerechte, welche er hat, anzunehmen.[1]) In den Quellen wird ausdrücklich für das mandatum qualificatum eine solche Pflicht und weiterhin auch eine Sorgfaltspflicht anerkannt.[2]) Es erscheint dem Verfasser als eine juristisch und logisch konsequente Parallelerscheinung, daß, wie sich die Bürgschaft selbst von der strengen stipulatio zu einem bonae fidei negotium entwickelt hat, wozu noch die Einführung des beneficium excussionis und des beneficium cedendarum actionum kam, auch in unserem Falle von der schutzlosen Stellung des Bürgen im klassischen römischen Recht die Entwicklung zur gemeinrechtlichen Diligenzpflicht des Gläubigers führt. Selbst wenn man aus dem Wesen des beneficium cedendarum actionum oder mangels klar beweisender Quellenstellen eine Diligenzpflicht abzulehnen geneigt ist, läßt sich eine solche aus der bonae fidei Natur des der Verpflichtung des Intercedenten zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts, des Mandats oder der negotiorum gestio, herleiten. „Die bona fides zwingt den Gläubiger Rücksicht auf den Intercedenten zu nehmen und darauf zu achten, daß demselben der Regreß vermittels der Klagenzession nach Möglichkeit erhalten bleibe. Freilich ist auch der Gläubiger der bona fides

[1]) vgl. RG. Bd. 18 S. 237; Abegg S. 31 ff.; Hasenbalg S. 559; and. M. Mühlenbruch S. 437.

[2]) l. 27 § 5, l. 28 D. 17, 1; l. 95 § 11 D. 46, 3.

gemäß zu behandeln, indem ihm mit der Diligenzpflicht nichts Unbilliges zugemutet werden darf".[1]) Somit erscheint die gemeinrechtliche Diligenzpflicht hinreichend begründet.

2) § 776 BGB.

Unter den Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Bürgschaft gibt lediglich die Bestimmung des § 776 eine Verpflichtung des Gläubigers zu erkennen. Dieser Paragraph lautet:

Gibt der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen auf, so wird der Bürge insofern frei, als er aus dem aufgegebenen Rechte nach § 774 hätte Ersatz erlangen können. Dies gilt auch dann, wenn das aufgegebene Recht erst nach der Übernahme der Bürgschaft entstanden ist.

Der Rechtssatz des § 776 ist dem römischen Bürgschaftsrecht fremd, er entspricht aber der Entwicklung seit dem Mittelalter[2]) und dem Sinn unseres heutigen Bürgschaftsrechts. Schon im gemeinen Recht bestand er zu Recht. Wurde ein Bürge schon frei, wenn der Gläubiger die ihm gleichzeitig haftenden Pfänder unter Wert verkaufte, so tritt dieselbe Rechtsfolge ein,

---

[1]) Walter S. 34.

[2]) Dernburg, Pand. § 82.

wenn der Gläubiger das Pfand oder gleichstehende Rechte ohne weiteres aus der Hand gibt.

Der Sinn des § 776 ist klar. Gibt der Gläubiger ein Vorzugsrecht oder was ihm gleichsteht auf, so kann dasselbe natürlich nicht auf den Bürgen übergehen, und dieser hat infolgedessen weniger Aussicht auf Ersatz. Wie schon im gemeinen Recht gilt aber auch heute, „daß zu dieser Schmälerung der Ersatzaussichten des Bürgen der Gläubiger nicht befugt ist. Der Bürge wird vielmehr insoweit seinerseits frei, als er aus dem aufgegebenen Rechte hätte Ersatz erlangen können, wenn es auf ihn übergegangen wäre".[1]) Der Bürge wird seiner Haftung ledig, wenn ihm die gesetzlichen Hilfsmittel, die ihn vor Schaden bewahren sollen, entzogen oder in ihrem Erfolg verkümmert werden.[2]) Eine Befreiung ist auch dann anzunehmen, wenn die übrigbleibenden Nebenrechte noch volle Sicherheit bieten.[3]) Zum Tatbestand des § 776 gehört, wie auch das Reichsgericht[4]) annimmt, die vorsätzliche Betätigung des Willens, das Recht aufzugeben. Es mag zweifelhaft sein, ob ein rein fahrlässiges Verhalten des Gläubigers zur Anwendung dieser Bestimmung ausreicht. Hier kann es dahin gestellt bleiben.

---

[1]) Windscheid § 481.

[2]) Dernburg, Pand. § 82, 3.

[3]) Staub S. 349 Anm. 33; Seyfferth S. 52; RG. Bd. 3 S. 348; and. M. Herms S. 65.

[4]) RG. Bd. 65 S. 396.

Der Vorwurf rechtswidrigen Handelns ist begründet, wenn der Gläubiger Sicherungsrechte aufgibt, mit denen der Bürge rechnen konnte. So findet sich denn die Befreiung des Bürgen in diesem Fall in neueren Kodifikationen, wie ALR. I, 14 § 333; österr. BGB. § 1360, code civil art. 2037; bad. LR. art. 2037; sächs. BGB. § 1460; zürich. GB. § 1802. Auch die Rechtsprechung steht auf dem Standpunkt, daß der Gläubiger zur Bewahrung dieser Rechte verpflichtet sei, für den Fall der Versäumung dieser Rechtspflicht aber seines Anspruchs gegen den Bürgen verlustig gehe.[1])

3. Diligenzpflicht des Gläubigers.

Die Bestimmung des § 776 BGB. ist ein weiteres Glied in der schon oben angedeuteten Entwicklungsreihe des Bürgschaftsrechts, die auf eine Rechtspflicht des Gläubigers hinzielt, auf den Bürgen Rücksicht zu nehmen. Nach der Meinung des Verfassers beruht konsequent der geschichtlichen Entwicklung die Norm des § 776 auf einer Rechtspflicht des Gläubigers zur Bewahrung der Sicherungsrechte. Versäumt der Gläubiger diese Pflicht, so handelt er rechtswidrig und macht sich schadensersatzpflichtig. Ein Beispiel diene zur Erläuterung: Der Gläubiger gibt ein Pfand auf, der Bürge leistet dem Gläubiger nachher 1000 Mk. Nach § 776 wird der Bürge frei, und unbestritten kann der Bürge

[1]) RG. Bd. 18 Nr. 48.

das in Unkenntnis der Verfügung des Gläubigers Geleistete als indebitum zurückfordern (§ 812—814 BGB.)[1]). Wenn nun die Summe vom Gläubiger schon verbraucht ist, ist m. E. anzunehmen, daß der Gläubiger dem Bürgen schadensersatzpflichtig ist.

Es fragt sich aber nun, ob in der Vorschrift des § 776 nur eine singuläre Bestimmung zu sehen ist, oder der Ausfluß eines allgemeinen Prinzips, daß der Bürge stets frei wird, wenn es der Nachlässigkeit des Gläubigers zuzuschreiben ist, daß er vom Hauptschuldner keine Befriedigung erlangt, also einer Diligenzpflicht des Gläubigers. Die herrschende Meinung sieht in ihr, wie auch die Motive angeben, lediglich eine Einzelbestimmung. Der Verfasser schließt sich dieser Ansicht an. Trotzdem braucht man aber die Diligenzpflicht nicht völlig zu leugnen. Allerdings soll hier nicht der Standpunkt von Markus[2]) gebilligt werden, der so weit geht, aus dem § 242 BGB. eine Haftung des Gläubigers gegenüber dem Bürgen für jede culpa in exigendo abzuleiten. Es soll die Diligenzpflicht hier lediglich insoweit verteidigt werden, als sie nach den Umständen des einzelnen Falles der Billigkeit entspricht.

Gewöhnlich freilich wird sie ganz verworfen. Man pflegt so zu argumentieren: Aus dem Wesen der Bürgschaft ist eine Pflicht des Gläubigers zur Sorgfalt nicht

---

[1]) Crome § 298 Anm. 24; Planck § 776, 5 f.

[2]) Recht 1903.

abzuleiten, denn die Bürgschaft erzeugt nur eine streng einseitige Verpflichtung. Die Fälle, in denen der Bürge frei wird, seien ein für allemal durch das Gesetz bestimmt, und es sei unangebracht, diese noch durch den allgemeineren Satz der Diligenzpflicht zu vermehren. Gemäß dem Wesen und dem Begriff der Bürgschaft, sagen die Motive,[1]) lasse sich nicht behaupten, daß die Rechte des Gläubigers von einem gewissen Verhalten desselben abhängig sein sollten. Eine Diligenzpflicht werde ohne Grund aus den beiden Rechtswohltaten des Bürgen, der der Vorausklage und des Eintritts in die Rechte des befriedigten Gläubigers, hergeleitet. Der Rechtsbehelf der Vorausklage nötige den Gläubiger nur, zunächst den Hauptschuldner zu belangen und die Rechtsverfolgung gegen diesen fortzusetzen, bis dessen Leistungsunvermögen sich ergebe. Aus dem anderen Rechte des Bürgen folge nur, daß er diejenigen Rechte des Gläubigers erlange, welche und wie sie zur Zeit der Befriedigung desselben bestanden. Endlich lasse sich aus dem Prinzip der Rücksicht auf Treu und Glauben keine „soweitgehende" Diligenzpflicht in Beitreibung der Schuld vom Hauptschuldner herleiten, wie sie vielfach in der Doktrin aufgestellt werde. Außerdem werde der Wert der Bürgschaft durch die Imputierung solcher Diligenzpflicht beträchtlich gemindert, und in der Praxis entständen zahlreiche Streitigkeiten. Eine

---

[1]) Bd. 2 S. 678ff.

bestimmte Abgrenzung wäre doch unmöglich, weil praktische Bedenken dagegen ständen.[1]) Dieselben Gründe benutzen die meisten Schriftsteller[2]) zur Verneinung einer Diligenzpflicht. Nach der ganzen Lage des Gesetzes und seiner Entstehungsgeschichte könne namentlich nicht von einer Ausdehnung des Prinzips von Treu und Glauben auf unseren Fall die Rede sein. Man müsse sich mit der Haftung des Gläubigers aus Arglist begnügen. Die Anwendung des § 242 bedeute eine unzulässige Veränderung des Gesetzes, eine von ihm nicht anerkannte Billigkeit und trete wohl meist aus Rücksicht auf die in manchen deutschen Rechtsgebieten bisher vorhandenen Billigkeitsvorschriften ein. Sie bringe die Gefahr mit sich, daß hier der § 242 im Sinne des alten Rechts ausgenützt werde.[3])

Ja, eine solche Diligenzpflicht sei sogar eine Unbilligkeit gegen den Gläubiger.[4])

Dieser erdrückenden Mehrheit gegenüber soll hier doch der Versuch gemacht werden, eine gewisse mäßige

---

[1]) Ebenso Prot. S. 142, 481.

[2]) Enneccerus S. 510; Endemann S. 1199 Anm. 5; Herms S. 25—66; Planck § 776, 1C; Crome § 298, 3; Ortmann S. 853; Mode S. 112; Dernburg S. 409; Kohler S. 42; Staub § 349 Anm. 32; Makower § 349 III C; RG. Bd. 65 S. 136; Seuffert Bd. 42 Nr. 208; Krieger in Krit. VSchr. N. F. Bd. 15 S. 541; Matthiaß S. 568 ff.

[3]) So Schneider S. 226.

[4]) Rothenberg im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 77 S. 345.

Diligenzpflicht des Gläubigers zu rechtfertigen. Eine festbestimmte Umgrenzung derselben kann nicht festgelegt werden. Es kann lediglich nach dem einzelnen konkreten Falle geurteilt werden, und diese Beurteilung darf, wie so vieles andere, getrost dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben. Aus dem konkreten Fall läßt sich wohl bestimmen, ob in dem Verhalten des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner ein Verstoß gegen Treu und Glauben und die Verkehrssitte erblickt werden kann, ob gerade die „besonderen Umstände“ [1]) vorliegen, bei denen dies angenommen werden darf. Warum sollte bei der Bürgschaft die Feststellung der Nachlässigkeit oder Fahrlässigkeit des Gläubigers schwieriger sein, als z. B. bei anderen Verträgen, wie Kauf und Miete, die Feststellung der culpa levis? [2]) Eine solche Nachlässigkeit bedeutet m. E. auch bei der Bürgschaft eine Pflichtverletzung, wenn sie gegen Treu und Glauben verstößt, d. h. wenn im konkreten Fall billigerweise dem Bürgen nach dem nachlässigen Verhalten des Gläubigers nicht mehr dieselbe rechtliche Stellung ihm gegenüber zugemutet werden kann wie vorher. Es ist nicht einzusehen, wie eine mäßige Diligenzpflicht dem Gläubiger den Wert der Bürgschaft verkümmern oder ihm auch nur lästig werden sollte. Es kann für ihn nur vorteilhaft sein, zu seinem Gelde

---

[1]) Staudinger § 776, 3.

[2]) Seyfferth S. 69f.

zu kommen, sei es durch Belangung des Hauptschuldners oder des Bürgen. Auch dieser kann zahlungsunfähig werden, und der Gläubiger würde dann weder von ihm noch von dem Hauptschuldner etwas erlangen können. Daraus ergibt sich, daß für den Gläubiger nicht geraten ist, mit der Beitreibung seiner Schuld bei ihrer Fälligkeit zu warten.[1]) „Die Bürgschaft verfolgt den Zweck, den Gläubiger vor den nachteiligen Konsequenzen einer Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners zu schützen; diese Insolvenz darf aber weder absichtlich noch fahrlässig herbeigeführt werden.“ Das ist die im Geschäftsverkehr übliche Auffassung. Wer eine Bürgschaft heute übernimmt, geht von der Annahme aus, daß der Gläubiger nicht mit der Beitreibung der Schuld vom Hauptschuldner wartet, solange es ihm gefällt. Er wird damit rechnen, daß Treu und Glauben nicht verletzt werden.[2])

Die Auffassung, daß hier das Prinzip von Treu und Glauben anzuwenden ist, entspricht den Bedürfnissen des modernen Verkehrs. „Die sozialen und wirtschaftlichen Bedingungen der Gegenwart haben immer mehr zu einer rechtlichen Überwindung der Härten geführt, die eine unbeugsame Rechtskonsequenz im Gefolge hat. Und das Billigkeitsprinzip, das das heutige Recht allerorten beherrscht, tritt auch der

---

[1]) So Abegg.

[2]) Sokolowski S. 128.

formalistischen Überspannung des Satzes, daß die Verbürgung dem Gläubiger durch keine Pflichten eingeengte Befugnis gebe, siegreich entgegen.“[1]) Die bona fides beim Vertrag zwingt beide Parteien, darauf Rücksicht zu nehmen, was recht und billig ist, und damit ändert sich teilweise die einseitige Natur des Bürgschaftsvertrags. Es liegen Gründe vor, in einem solchen Fall den Bürgen zu schützen, ohne dem Gläubiger Unrecht zu tun. Dieser hat allein den Vorteil vom Bürgschaftsvertrag, und der Regreß ist für den Bürgen oft schwierig, zumal oft die Lage des Hauptschuldners nicht hinreichend Sicherheit bietet. Der entscheidende Gesichtspunkt ist der, daß jede Bürgschaft ex fide bona zu beurteilen ist, der der Gläubiger zuwiderhandelt, wenn er durch sein Zutun den Bürgen gesetzliche Hilfsmittel vereitelt.[2]) So lassen sich sehr wohl die Fälle erkennen, bei denen eine Leugnung der Diligenzpflicht gegen die Billigkeit verstoßen würde, und wiederum auch die Fälle, wo von einer Nachlässigkeit des Gläubigers nicht gesprochen werden kann. Keine Verletzung der rechtlichen Pflichten liegt z. B. m. E. vor, wenn der Gläubiger Grund hat, mit der Beitreibung zu warten, sei es, daß er nicht in der Lage ist, zu klagen oder etwa das geschuldete Geld unterzubringen, sei es, daß er triftige Gründe hat, mit dem Schuldner ein pactum de non petendo in

[1]) Seuffert Bd. 52 S. 154.

[2]) Arndts § 357 Anm. 2.

tempus abzuschließen. In einem solchen Falle wird dem Gläubiger die Zögerung in exigendo nicht zum Vorwurf gemacht werden können. Andererseits würde eine Nachlässigkeit des Gläubigers zu konstatieren sein, wenn er gegen den Hauptschuldner nicht klagt, trotzdem er sehr wohl weiß, daß jener in Vermögensverfall gerät,[1]) oder wenn er trotz Fälligkeit der Hauptschuld ihre Beitreibung unterläßt und in der Folgezeit der Hauptschuldner insolvent wird und der Gläubiger die drohende Insolvenz durch Fahrlässigkeit übersah.[2])

Die Entgegnung schließlich, daß die Diligenzpflicht dem Gläubiger eine Sorgfalt auferlege, wie er sie auch ohne die Bürgschaft üben müßte, ist nicht beweisend. Niemand wird behaupten, daß der Zweck der Bürgschaft für den Gläubiger der sei, mit seiner Forderung sorglos umgehen zu können. Der Zweck ist vielmehr der, die trotz jener Sorgfalt immer vorhandene Gefahr eines Verlustes zu mindern oder aufzuheben. Dieser Sicherungszweck leidet aber wie schon erwähnt, keineswegs dadurch, daß der Gläubiger veranlaßt wird, seine Befriedigung zu suchen, solange der Hauptschuldner noch solvent ist. Er erreicht die Sicherung gegen die Insolvenz um so mehr, wenn er zu einer Zeit seine Schuld beitreibt, in der sowohl der Hauptschuldner als auch der Bürge zahlungsfähig sind.[3])

---

[1]) Abegg S. 37.

[2]) Seyfferth S. 73.

[3]) Abegg a. a. O.

Genau wie die Bestimmung des § 776 rechtfertigt sich die Diligenzpflicht aus der Rücksicht auf Treu und Glauben,[1]) und sie stößt auch auf keine praktischen Schwierigkeiten. Es ist nicht einleuchtend, warum das Prinzip von Treu und Glauben zwar gestattet, daß der Gläubiger mit seiner Hauptforderung so schädigend oder fahrlässig er will — abgesehen vom Fall des Dolus — umgehen darf, dagegen verlangt, daß er ein doch nur zur Stütze dienendes Nebenrecht diligenter bewahren soll.[2]) Darin liegt eine auffällige Inkonsequenz.

Damit dürften die gegnerischen Gründe widerlegt sein. Mit einer mäßigen Diligenzpflicht wird dem Gläubiger nichts Unbilliges zugemutet, dagegen ist sie für den Bürgen von großem Nutzen. Im allgemeinen gehen nämlich, was die rechtzeitige Ausklagung des Hauptschuldners seitens des Gläubigers anlangt, seine und des Bürgen Interessen Hand in Hand.[3]) Ist dies der Fall, so steht einer Diligenzpflicht nichts mehr im Wege.[4])

Neben der Pflicht zur Diligenz ist der Gläubiger nach §§ 412, 402, 403 BGB. verpflichtet, dem Bürgen, der ihn befriedigt hat, die zur Geltendmachung der Forderung gegen den Hauptschuldner nötige Auskunft zu erteilen, die Beweismittel für die Forderung anzu-

---

[1]) Matthiaß S. 568ff.

[2]) Abegg S. 45ff.

[3]) Abegg a. a. O.

[4]) In der neuesten Literatur finden sich denn auch Ansätze (vgl. Neumanns Jahrb.).

zeigen, die zum Beweis dienenden, in seinem Besitz befindlichen Urkunden, besonders die Schuldurkunden, auszuliefern und ihm auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Anerkennung des Forderungsübergangs auszustellen.[1])

Auf ganz anderem Gebiete liegt die Frage nach der Haftung des Bürgen, wenn die Entstehung der Hauptverbindlichkeit auf Vorsatz oder Versehen des Gläubigers zurückzuführen ist. Es ist dahin zu entscheiden, daß der Bürge nicht haftet. Die Analogie aus § 254 ist ein unterstützendes Argument. So wird z. B. der Bürge frei, wenn der Geschäftsherr seinen Reisenden, dessen Unzuverlässigkeit ihm bekannt ist, trotzdem wieder mit Inkassovollmacht auf Reisen schickt und der Reisende wiederum Kassenmanko hat.[2])

Natürlich kann der Gläubiger außerhalb des eigentlichen Bürgschaftsvertrags dem Bürgen die Beachtung einer Diligenz versprechen. Wenn nun der Gläubiger die vertragsmäßige Vereinbarung der Diligenz schuldhafterweise verletzt, so hat er nach richtiger Meinung dem Bürgen nach allgemeinen Grundsätzen den durch die schuldhafte Verletzung der Pflicht entstandenen Schaden zu ersetzen.[3])

---

[1]) Ebenso Staudinger § 774, 2c; Matthiaß S. 568ff.

[2]) ROHG. Bd. 20 S. 48; RG. Bd. 29 S. 143; Staub S. 349 Anm. 34.

[3]) Planck § 776 S. 5197; Oertmann § 776; Hachenburg, Gutachten S. 158.

Der Bürge seinerseits wäre dem Gläubiger formell weiterverpflichtet, müßte also die Haftsumme zahlen. Der Schadensersatzanspruch und die Haftsumme sind aber gleich und könnten so durch Aufrechnung getilgt werden.[1]) Dagegen meint nun Siber,[2]) eine solche Abmachung könne nur den Sinn haben, daß im Falle schuldhafter Verzögerung der Gläubiger des Anspruchs gegen den Bürgen verlustig gehen solle, wie er die Leistung vom Hauptschuldner hätte erlangen können. Der Bürge habe kein Interesse daran, daß der Gläubiger das Geld erhalte, sondern nur daran, daß er selbst schadlos bleibe. Hier würde die Bürgenschuld von selbst erlöschen, ein Schadensersatzanspruch also gar nicht bestehen. Eine solche Vertragskonstruktion scheint dem Verfasser gekünstelt zu sein und den allgemeinen Vertragsgrundsätzen zu widersprechen.

IV. Folgerungen für die rechtliche Natur des Bürgschaftsvertrags.

Nachdem die Existenz rechtlicher Pflichten auch des Gläubigers nachzuweisen versucht wurde, erhebt sich nun die Frage, ob der Bürgschaftsvertrag sich als zweiseitiger Vertrag auffassen lasse. Es ist sofort ersichtlich, daß beim Bürgschaftsvertrag die Leistung der

---

[1]) Planck a. a. O.

[2]) Siber S. 40.

einen Partei nicht das Äquivalent für die Leistung der anderen Partei bildet. Somit erscheint eine solche Auffassung irrtümlich.[1]) Dagegen soll hier die Ansicht vertreten werden, daß die Verbürgung nicht, wie gewöhnlich angenommen wird, eine streng einseitige Obligation begründet,[2]) sondern — sit venia verbo — einen synallagmatischen Zusatz hat. So findet sich in der Literatur schon die Auffassung einer synallagmatischen Beziehung zwischen Bürgen und Gläubiger, bezüglich der Pflichten aus § 776.[3]) Zuzugeben ist, daß durch den Bürgschaftsvertrag keine „substanzielle" Gegenseitigkeitsverbindlichkeit erzeugt wird. Wohl aber liegt in ihm eine „unsubstanzielle Gegenseitigkeit", insofern die Pflichten des Gläubigers und Bürgen durch das Band der bona fides verknüpft sind und somit auch eine Haftung des Gläubigers besteht, daß durch seinen Dolus oder seine culpa die Lage des Bürgen nicht verschlechtert werden darf. Insofern ist der Gläubiger auch Schuldner im Sinne des § 242, dessen Leistung in der Einrichtung seines Verhaltens gegenüber dem Hauptschuldner, dem Bürgen und etwaigen anderen Mitverpflichteten zu finden ist.[4])

[1]) vgl. Geib S. 180.

[2]) Löhrs Zentralorgan S. 368.

[3]) s. in RG. Bd. 3 S. 348 zitierte Laurent (Bd. 28 Nr. 302).

[4]) So Seyfferth S. 72.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Ich bin am 15. März 1889 zu Miltenberg a. M. geboren. Von Ostern 1895 bis Ostern 1901 besuchte ich das Wöhler-Realgymnasium zu Frankfurt a. M. bis zur Quarta einschließlich; von Ostern 1901 bis Ostern 1907 war ich Schüler des Lessing-Gymnasiums und erhielt Ostern 1907 das Reifezeugnis. Hierauf studierte ich 6 Semester an den Universitäten Heidelberg, Berlin und Marburg Rechtswissenschaft und bestand am 11. Juni 1910 in Kassel die erste juristische Prüfung. Seit dem 24. Oktober 1910 bin ich im Vorbereitungsdienst als Referendar beschäftigt.

Vom 1. Oktober 1911 bis 30. September 1912 genügte ich meiner militärischen Dienstpflicht als Einjährig-Freiwilliger im 6. Kgl. Bayr. Feldartillerieregiment zu Fürth i. B.

Am 3. Juni 1913 bestand ich das mündliche Doktorexamen vor der Juristischen Fakultät der Universität Marburg.